

Rechtswissenschaft versus Rechtspraxis und sozialer Kontext in Brasilien – vom Autoritarismus zur Demokratisierung

1. Einleitung

Einen Überblick über die Lage der Rechtswissenschaft in der Zeit des autoritären Militärregimes (1964–1984) und in der darauf folgenden Periode der Demokratisierung zu geben, fällt insofern nicht ganz leicht, als man nach wie vor rechtstheoretische bzw. rechtsdogmatische Strömungen in Brasilien, die sich hinsichtlich ihrer praktischen Relevanz voneinander unterscheiden ließen, nicht präzise identifizieren kann. Außerdem lassen sich die rechtswissenschaftlichen Strömungen nicht eindeutig nach ihrer Parteilichkeit für den Autoritarismus oder für den „Wiederaufbau“ der Demokratie einordnen. Im Gegensatz zur totalitären Erfahrung mit dem Nationalsozialismus in Deutschland (1933–1945), in der eine enge Verbindung des „antinormativistischen“ bzw. „antiformalistischen“ Dezisionismus mit dem Regime und von dessen Seite ein Mißtrauen gegenüber dem Rechtspositivismus bzw. -normativismus, ja in gewissem Maße sogar die Verfolgung seiner Anhänger festzustellen ist, findet man während der Diktaturzeit in Brasilien sowohl „antinormativistische“ (auch dezisionistische) Einstellungen bei den Kritikern des politischen Status quo als auch normativistische resp. rechtspositivistische Haltungen vorwiegend bei den Verteidigern der geltenden rechtspolitischen Ordnung. Jedoch kehren sich diese Zuordnungen auch sehr oft um. Zwar herrschte in der Periode des brasilianischen autoritären Militärregimes eine Art naiver Gesetzespositivismus (nicht selten in Form von Repetition der jeweiligen Gesetzbücher in den Lehrveranstaltungen und Klausuren) an den Rechtsfakultäten vor, aber dieser hat nach wie vor keinen ernstzunehmenden rechtswissenschaftlichen Anspruch (und ist eher auf Grenzen der juristischen Ausbildung zurückzuführen) und geht weit über den Autoritarismus hinaus, das heißt also, daß er nicht nur schon vor der Militärmachtübernahme im Vordergrund stand, sondern auch nach der Demokratisierung vorherrschend bleibt.

* Für die sorgfältige sprachliche Revision bin ich Herrn Frank Laudenklos (Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt am Main) sehr dankbar.

Im folgenden sollen zunächst – als Rahmen für das Hauptthema dieses Beitrages – die herkömmliche Kritik der brasilianischen Rechtskultur und dabei in allgemeinen Zügen die häufig debattierten Grenzen sowohl der Rechtswissenschaft als auch der juristischen Ausbildung betrachtet werden, um einige übliche Mißverständnisse zu vermeiden (2). Danach werde ich auf die Spaltung der Rechtswissenschaft während der autoritären Periode in zwei Hauptströmungen, den „normativistischen Formalismus“ versus den wirksamkeitsbezogenen (soziologischen), wertbezogenen bzw. ideologiekritischen „Antiformalismus“, eingehen, eine Spaltung, die oft in die Auseinandersetzungen zwischen Rechtsdogmatik und extradogmatischen Ansätzen resp. antidogmatischen Ansprüchen ausartete, wobei Unklarheit über den Begriff und die Funktion der Rechtsdogmatik bestand (3). Im Anschluß daran wird die Form, die diese Diskussion im Laufe der Demokratisierung angenommen hat, nämlich der Konflikt zwischen Legalismus und Alternativismus, kritisch zu analysieren sein (4). Den Schluß bilden einige Überlegungen über die Grenzen, die einer rechtspraktisch relevanten und gesellschaftsadäquaten rechtswissenschaftlichen Reflexion in Brasilien im Kontext von Legalismus und Straflosigkeit gezogen sind (5).

2. Die herkömmliche Kritik an der brasilianischen Rechtskultur

In Brasilien gehören zu den geläufigen Themen der Kritik der Rechtskultur die Grenzen und das Wirklichkeitsfremde der Versuche, eine rechtstheoretische bzw. rechtsdogmatische Beobachtung des Rechts zu entwickeln. Dieses Problem wird in verschiedenen Perspektiven behandelt. Man weist üblicherweise auf die Inadäquatheit der juristischen Ausbildung hin, die wegen wirklichkeitsfremder Curricula und Methoden nicht in der Lage sei, die Juristen auf die Rechtspraxis vorzubereiten.¹ Diese Problematik besteht seit der Errichtung der zwei ersten Rechtsfakultäten im Jahr 1827 (Olinda und São Paulo): Sähe man in der „formalen Unabhängigkeit“ (1822) und der Oktroyierung einer Verfassungscharta (1824) die Gründung eines Nationalstaates im Sinne Europas, dann wäre das Entfallen einer auf die neue Rechtsordnung gerichteten juristischen Ausbildung unvorstellbar gewesen; aber dem Import der ausländischen Rechtsmuster sollte natürlich die Nachahmung von Ausbildungsmodellen folgen.² Unter einem umfassen-

1 Vgl. z.B. F. C. de San Tiago Dantas, *A Educação Jurídica e a Crise Brasileira*, in: *Revista Forense*, Jg. 52, Bd. 159 (Rio de Janeiro 1955), S. 449-458; J. de Arruda Falcão Neto, *Classe dirigente e ensino jurídico: uma releitura de San Tiago Dantas*, in: *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Bd. VIII, N. 21 (Rio de Janeiro 1977), S. 41-77; ders., *Os Advogados: ensino jurídico e mercado de trabalho*, 1984, insbes. S. 41f.

2 Zur wichtigen Rolle der europäischen Ausbildungsmodelle in den Diskussionen der politischen Eliten um die Begründung der zwei ersten brasilianischen Rechtsfakultäten vgl. A. Wander Bastos (Hg.), *Os cursos jurídicos e as elites políticas brasileiras*, Brasília 1978.

den Gesichtspunkt wird das Reflexionsdefizit der Rechtstheorie bzw. Rechtsdogmatik im Rahmen einer Kritik der Rechtskultur im allgemeinen betrachtet: Man verweist u.a. auf den wirklichkeitsfremden „Formalismus“³, die leeren rhetorischen Formeln des sogenannten *bacharelismo*⁴ und den „kulturellen Kolonialismus“ im Bereich des Rechts.⁵ Was spezifisch das Verfassungsrecht anbelangt, wurde die Handhabung von Verfassungsfragen im Lichte der nordamerikanischen Verfassungslehre während der „Ersten Republik“ (1889-1930) als der Prototyp und Höhepunkt dieser Situation der „Entfremdung“ dargestellt.⁶

Zwischen Elitismus und Vermassung einerseits, methodologischer Inadäquatheit und rechtpraxisbezogener Schwierigkeiten andererseits wird die juristische Ausbildung und Rechtskultur in Brasilien nach wie vor in dieser Art kritisiert. Es handelt sich dabei um Erscheinungen von allgemeinen Problemen des Ausbildungs- und Wissenschaftssystems in den peripheren Ländern im Bereich des Rechts.

Obwohl diese Kritiken relevant sind und je in ihren Eigentümlichkeiten analysiert werden müssen, liegen ihre Grenzen darin, daß dadurch der Eindruck erweckt wird, als ob mittels „neuer“ Schulungsmethoden und Reflexionsmethodologien eine Umstellung des „Rechtswissens“ auf die

3 Vgl. z.B. K. S. Rosenn, The Jeito's: Brazil's Institutional Bypass of the Formal Legal System and its Developmental Implications, in: The American Journal of Comparative Law 19 (1971), S. 541-549, 529ff.

4 Der Begriff des *bacharelismo* (*bacharel* – Bakkalaureus) bezieht sich vor allem auf „eine rhetorische Distanzierung von der Forschung, die nicht nur Juristen [*bachareis em Direito*], sondern auch Ärzte, Ökonomen, Ingenieure und andere“ betrifft – V. Chacon, Da Escola do Recife ao Código Civil (Artur Orlando e sua geração). Rio de Janeiro 1969, S. 21. Gegen die generalisierende, vereinfachende Anwendung dieses Ausdrucks auf die brasilianischen Juristen vgl. mit Recht N. Saldanha, O Chamado „Bacharelismo“ Brasileiro: Ensaio de Revisão, in: Convivim, Jg. XVII, Bd. 21 (São Paulo 1978), S. 477-484; ders., História das Idéias Políticas no Brasil, Recife 1968, S. 52f. Zu den unterschiedlichen Auffassungen von *bacharelismo* siehe A. Venâncio Filho, Das Arcadas ao Bacharelismo (150 anos de Ensino Jurídico no Brasil), 2. Aufl., São Paulo 1982, S. 271ff. Zum Einfluß des „bacharelismo“ auf die brasilianische Politik siehe S. Adorno, Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira, Rio de Janeiro 1988.

5 Hierzu z.B. A. Franco Montoro, Filosofia do Direito e colonialismo cultural: transplante de institutos jurídicos inadequados à realidade brasileira, in: Revista de Informação Legislativa, Jg. X, N. 37 (Brasília 1973), S. 3-20. Umfassend über die Geschichte der „juristischen Ideen“ in Brasilien siehe A. L. Machado Neto, História das Idéias Jurídicas no Brasil, São Paulo 1969.

6 Das bildete eines der wichtigsten Themen der damaligen „realistischen“, autoritär-konservativen Kritik des „Verfassungsidealismus“ in Brasilien. Vgl. Oliveira Vianna, O Idealismo da Constituição, 2. Aufl., São Paulo/Rio de Janeiro/Recife/Porto Alegre 1939, insbes. S. 35f.; A. Torres, A organização nacional: Primeira parte, A Constituição, 3. Aufl., São Paulo 1978 (1. Aufl.: 1914), insbes. S. 74. Dazu vgl. auch V. Chacon, Vida e Morte das Constituições Brasileiras, Rio de Janeiro 1987, S. 45f.

„Rechtspraxis“ ermöglicht würde.⁷ Zwar gewinnt dies an Bedeutung, wenn es um eine „fremdbeobachtende“ – also vor allem rechtssoziologische – Haltung gegenüber dem Recht geht. Aber die Adäquatheit der soziologischen Begriffe und Methoden bezüglich der Rechtswirklichkeit sichern keineswegs die Konstruktion und Entwicklung einer adäquaten Selbstbeobachtung des Rechts durch Rechtstheorie, juristische Dogmatik oder Kasuistik, es sei denn, man spricht sich für eine soziologische Jurisprudenz aus, deren unsoziologischer Charakter inzwischen auch für Soziologen offensichtlich ist.⁸ Darüber hinaus wird das Problem noch komplizierter, wenn man mitberücksichtigt, daß unter den brasilianischen Bedingungen die Unterscheidung von Selbstbeobachtung und Fremdbeobachtung⁹ – gerade mangels deutlicher Grenzen des Rechtsbereiches – sehr fragwürdig wird.

Hier ist vorausgesetzt, daß sich Rechtsdogmatik und Rechtstheorie erst hinreichend bilden und entwickeln können, wenn eine operative Ausdifferenzierung des Rechts besteht, deren Erhaltung andererseits aber auch von ihnen abhängt.¹⁰ Mit anderen Worten: Legalität und Verfassungsmäßigkeit sind unentbehrlich für die Entwicklung von Rechtsdogmatik und Rechtstheorie als Reflexionsinstanzen des Rechtssystems, d.h. für die begriffliche Ausarbeitung der eigenen Identität des Rechtssystems gegenüber seiner Umwelt.¹¹ Solange in Brasilien die Praxis der für Rechtssetzung und Rechtsanwendung zuständigen Staatsakteure weit von den Verfassungs- und Gesetzmustern abweicht, kann sich keine Rechtsdogmatik herausbilden, die in der Lage wäre, nach Luhmanns Konstruktion ihre Funktion „einer Konsistenzkontrolle im Hinblick auf die Entscheidung anderer Fälle“ befriedigend zu erfüllen und „im Rahmen dieser Funktion die Bedingungen des juristisch Möglichen, nämlich die Möglichkeiten juristischer

7 Wie z.B. bei der naiven Vorstellung, die Einführung des Fallstudiums nach dem angelsächsischen Vorbild (Kasuistik) an Stelle des an Lehrbüchern orientierten Unterrichts portugiesischer Herkunft würde die Anpassung der juristischen Ausbildung an die soziale Realität fördern. In dieser Richtung vgl. San Tiago Dantas, *A Educação Jurídica e a Crise Brasileira* (Anm. 1), insbes. S. 453f.; F. Neto, *Classe dirigente e ensino jurídico* (Anm. 1), insbes. S. 67ff.

8 N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart 1974, S. 10.

9 Zu dieser Unterscheidung in Bezug jeweils auf die Rechtstheorie/Rechtsdogmatik und die Rechtssoziologie siehe N. Luhmann, *Le droit comme système social*, in: *Droit et Société*, N. 11/12 (1989), S. 53-66; ders., *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt am Main 1986, insbes. S. 19; ders., *Rechtssoziologie*, 3. Aufl., Opladen 1987, S. 360f.; J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris 1978, S. 22f.

10 N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (Anm. 8), S. 22 u. 59; ders., *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt a. M. 1981, S. 438ff.

11 Über Reflexion als Referenz des Systems auf ihre eigene Identität vgl. vor allem Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts* (Anm. 10), S. 423; ders., *Funktion der Religion*, Frankfurt a. M. 1982, S. 59; ders., *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt a. M. 1987, S. 620.

Konstruktion von Rechtsfällen“, mit praktischer Relevanz zu definieren.¹² Die juristische Begrifflichkeit, also die Abstraktion der Dogmatik und die „Abstraktionen von Abstraktionen“ der Rechtstheorie,¹³ spiegelt sich insofern nicht in der Rechtspraxis wieder, als konkrete Interessenkonstellationen eine konsistente Interdependenz von Entscheidungen verhindern. Im Gegensatz zur Situation in der zentrischen Modernität läßt sich unter den brasilianischen gesellschaftlichen Bedingungen nicht mit Luhmanns Formulierung¹⁴ behaupten, daß die Probleme der Rechtsdogmatik primär nicht mehr in der Input-Grenze, sondern in der Output-Grenze des Rechtssystems liegen; hingegen kommt es noch immer „in erster Linie darauf an, den unmittelbaren Druck gesellschaftlicher Kräfteverteilungen auf das Rechtssystem über partikulare Verflechtungen an der Input-Grenze abzuschwächen – mit anderen Worten: das Rechtssystem an dieser Grenze ausdifferenzieren.“¹⁵ Obwohl die traditionellen Variablen ihre Relevanz verloren haben, dauert in Brasilien das Problem an, eine „universalistische Entscheidungspraxis“ gegen partikularistische Faktoren und Kriterien durchzusetzen; ein Problem, das im Zug der Modernisierung in Westeuropa gelöst worden sei.¹⁶ Hier wird nicht verkannt, daß angesichts der raschen Komplexitätssteigerung der Gesellschaft eine Orientierung an Folgen auch in Brasilien zu fordern ist; aber Folgenorientierung setzt interne Konsistenz voraus, „gesellschaftsadäquate Rechtsbegriffe“¹⁷ hängen von juristisch adäquater Begrifflichkeit ab. Im Fall Brasilien liegt die Schwierigkeit genau darin, daß mit zunehmender Komplexität der Gesellschaft eine Orientierung an Folgen (Output-Orientierung) immer noch an Bedeutung gewinnt, ohne daß die Probleme der Input-Grenze überwunden oder unter Kontrolle gebracht worden sind.

12 Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik (Anm. 8), S. 19. Im Anschluß daran T. Sampaio Ferraz Jr., *Função social da dogmática jurídica*, São Paulo 1980, S. 99ff.

13 Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik (Anm. 8), S. 13.

14 Ebenda, S. 29f.

15 So Luhmann (Rechtssystem und Rechtsdogmatik [Anm. 8], S. 29) im Hinblick auf das „ältere“ Grundproblem der Rechtsreflexion, das wegen einer sich „seit etwa hundert Jahren“ vollziehenden „Rebellion“ für Output-Orientierung in den Hintergrund getreten sei. Das kann aber nur für die konsolidierten Rechtsstaaten Europas und Nordamerikas gelten.

16 Vgl. hierzu Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik (Anm. 8), S. 29; ders., Interesse und Interessenjurisprudenz im Spannungsfeld von Gesetzgebung und Rechtsprechung, in: *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 12 (1990), S. 1-13, 5.

17 Hierzu Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik (Anm. 8), S. 49ff. Durch die Verwendung dieses Ausdrucks wird aber nicht geleugnet, daß eine „vollständige und konkrete Konsonanz“ des „juristischen Modells“ mit der gesellschaftlichen Wirklichkeit (M. Reale, *O Direito como Experiência*: São Paulo 1968, S. 177) gerade die Entdifferenzierung des Rechtssystems bedeuten würde und daß als Folge der „Selbstkonstitution der Komponenten des Rechts“ es „durchaus nicht immer adäquat die gesellschaftlichen Bedürfnisse und Werte reflektiert“ (G. Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt a. M. 1989, S. 53).

In Anbetracht dessen, daß die rechtsdogmatische bzw. rechtstheoretische Begrifflichkeit in weitem Umfang keine kohärente Resonanz in der Rechtspraxis findet, also weder in „Konsistenzkontrolle“ der Entscheidungspraxis noch in eine sinnvolle Definition der „Bedingungen des juristisch Möglichen“ übertragen werden kann, und daß dieses Reflexionsdefizit in erster Linie auf das Problem der Nicht-Durchsetzung der Input-Grenze zurückzuführen ist, lassen sich die Phänomene des *bacharelismo*, „Formalismus“ und „kulturellen Kolonialismus“ im Bereich des Rechts besser verstehen. Die leere Rhetorik des *bacharelismo* könnte vielleicht als eine Ablenkung von der dogmatisch bzw. rechtstheoretisch nicht konsistent zu definierenden Rechtspraxis interpretiert werden; andererseits ließe sich der radikale „Formalismus“ als eine Art der „Selbstbefriedigung“ in Reaktion auf die „zurückweisende“ Rechtswirklichkeit bezeichnen; im „kulturellen Kolonialismus“ könnte man Symptome einer symbolischen Flucht zu jenen Situationen, in denen das gedankliche Muster praktische Relevanz hat, ablesen. Außerdem erlaubt die Einsicht, daß trotz der Nicht-Überwindung oder Nicht-Kontrolle des Problems der Input-Grenze Anforderungen nach Orientierungen an Folgen auftreten, ein besseres Verständnis für die Anziehungskraft des Rechtssoziologismus bei „engagierten“ Juristen; damit hängt zusammen, daß unter diesen Umständen die Unterscheidung von Selbstbeobachtung und Fremdbeobachtung an Bedeutung verliert.

Die Lösung oder sogar die Reduktion des Reflexionsdefizits kann aber nicht einfach über Veränderungen der juristischen Ausbildungs- und Reflexionsmethoden erreicht werden. Das Problem ist umfassend und sehr gravierend: Mangels Legalität und Verfassungsmäßigkeit behindert die Rechtspraxis eine leistungsfähige rechtswissenschaftliche Rechtsbegrifflichkeit, also eine adäquate Reflexion des Rechts; das Reflexionsdefizit fungiert seinerseits als negativer Faktor für die Entwicklung einer auf Verfassungsmäßigkeit und Legalität beruhenden operativen Autonomie des Rechts.

3. Die Rechtswissenschaft unter dem autoritären Regime: zwischen normativistischem „Formalismus“ und wirklichkeitsbezogenem, wertbezogenem bzw. ideologiekritischem „Antiformalismus“

Das Aufbrechen des Militärregimes im Jahr 1964, wodurch die Verfassung von 1946 zuerst durch die *Atos Institucionais* teilweise außer Kraft gesetzt und später durch die Verfassung von 1967 (danach durch die stärker autoritäre Verfassungsurkunde von 1969 ersetzt) aufgehoben wurde,¹⁸ hat anfangs nichts Wesentliches an der juristischen Überlieferung und an der

¹⁸ Vgl. hierzu als Überblick M. Neves, Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien, Berlin 1992, S. 135ff.

herkömmlichen Kritik der Rechtskultur verändert: Vorherrschaft eines rechtswissenschaftlich-naiven Gesetzespositivismus in der juristischen Ausbildung, übertriebene Rhetorik der Leerformeln in den rechtswissenschaftlichen Diskussionen und unkritische Aufnahme ausländischer Rechtsmuster ohne Rücksicht auf die Rechtsordnung bzw. Rechtswirklichkeit des Landes; dazu die marginale, besonders auf die sozialwissenschaftlichen Forschungen zurückgehende Kritik an dem wirklichkeitsfremden „Rechtsformalismus“ und die wertbezogenen Einwände gegen den Rechtsnormativismus bzw. Rechtspositivismus. Mit der Zeit sind aber innovative Diskussionen um die Rechtswissenschaft und deren Rolle unter den autoritären Bedingungen entstanden: Rechtstheoretische Ansätze und rechtssoziologische Untersuchungen haben Anstöße zu kritischen Überlegungen über die Grenzen der Rechtswissenschaft und deren Beziehung zum Autoritarismus gegeben. Dabei entwickeln sich einerseits neben der wertbezogenen Kritik neue rechtssoziologische und ideologiekritische Vorbehalte gegen die Rechtswissenschaft, und andererseits verstärken sich die auf dem Rechtspositivismus aufbauenden rechtstheoretischen und rechtslogischen Untersuchungen.

Zu einer der am weitesten verbreiteten Vorstellung nach der Militärmachtübernahme in Brasilien gehörte diejenige, daß zwischen dem Rechtspositivismus bzw. Rechtsnormativismus und dem Autoritarismus eine enge, untrennbare Verknüpfung bestehe, wonach jener diesem untergeordnet sei. Dabei wurde häufig die Ansicht geteilt, daß der Rechtspositivismus selbst mit einer autokratischen politischen Haltung zwangsläufig verbunden sei. Diese Annahme kann einer genauen Analyse der rechtspositivistischen Strömungen während des autoritären Regimes in Brasilien nicht standhalten. Zwar zeigte sich eine Art inkonsistenter „Gesetzespositivismus“ immer dazu bereit, die „kasuistische“ Inanspruchnahme der Rechtsordnung durch Verordnungen und Gesetze des Militärs zu bestätigen und zu rechtfertigen; aber dabei handelt es sich eher um eine Form opportunistischen Dezisionismus, die ohne Zugriff auf irgendein konsistentes rechtswissenschaftliches Argument die politische Instrumentalisierung des Rechts durch Entscheidungen des Militärregimes, selbst bei ihren Verstößen gegen dessen eigene autoritären Rechtsvorschriften, unterstützt hat. Es scheint mir z. B. eine grobe Vereinfachung, die am rechtspositivistischen Paradigma orientierten strengen und gründlichen logischen Untersuchungen¹⁹ auf eine „Flucht“ vor einer Kritik an dem autoritären Eingriff auf das Recht zu reduzieren oder in präzisen positivistischen Analysen von Rechtsinstituten²⁰ nur einen rechtfertigenden Zusammenhang mit der Au-

19 Vgl. nur L. Vilanova, *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, São Paulo 1977; ders., *Lógica jurídica*, São Paulo 1976.

20 Vgl. am Beispiel des Gleichheitssatzes C. Antônio Bandeira de Mello, *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3. Aufl., São Paulo 1993 (1. Aufl.: 1978).

toritarismus zu sehen. Bei allen Hinweisen auf die vermutete Verbindung des Rechtspositivismus bzw. Rechtsnormativismus mit autoritärer politischer Haltung ist unverkennbar, daß auch unter rechtspositivistischen Gesichtspunkten Kritik am Autoritarismus geübt wurde. Dazu lassen sich sowohl im allgemeinen der Anspruch auf die Rechtsstaatlichkeit als Erfordernis einer sinnvollen Rechtsarbeit und die Auffassung des inneren Zusammenhangs zwischen Legalität und Demokratie²¹ als auch kritische Einstellungen zu spezifischen Aspekten der autoritären Rechtsordnung wie z.B. die Kritik am Begriff der „Nationalen Sicherheit“²² und an der Suspension des „Habeas-Corpus“ bei „politischen Verbrechen“²³ nennen. Obwohl nicht zu übersehen ist, daß rechtspositivistische bzw. rechtsnormativistischen Ansätze der Politik des autoritären Militärregime gedient haben, wird hier also die vereinfachende Vorstellung, daß den Anhängern des Autoritarismus „formalistische“ Rechtskonzeptionen und seinen Kritikern inhaltsbezogene Rechtsauffassungen zuzuschreiben seien, zurückgewiesen.

Eine bedeutende Kritik am rechtswissenschaftlichen Wissen, die sich in der Zeit des autoritären Regimes entwickelt hat, ist im Bereich der Rechtssoziologie aufgetreten, einem Fach, das gerade während des Autoritarismus allmählich seinen Platz in den Rechtsfakultäten gefunden hat.²⁴ Die empirische Forschung über die Unangemessenheit und Wirklichkeitsfremdheit der juristischen Ausbildung spielte dabei eine wichtige Rolle. Allerdings wurde hier die naive Ansicht geteilt, daß die Aufnahme des Fallstudiums nach dem angelsächsischen Modell (Kasuistik) anstelle der an Lehrbüchern ausgerichteten Schulungsmethode die Anpassung der juristischen Ausbildung an die gesellschaftliche Wirklichkeit fördern würde.²⁵ Man verkannte dabei nicht nur, daß bei der kontinentaleuropäischen Struktur des brasilianischen Rechts eine bloße Umstellung auf Fallstudien nach der angelsächsischen Überlieferung und vor allem nach der nordamerikanischen Erfahrung zu einer noch stärkeren „Entfremdung“ der juristischen Ausbildung führen würde, sondern auch, daß sich das konkrete Problem der rechtspraktischen Irrelevanz der Schulungsmethoden in der bra-

21 Vgl. z.B. M. Seabra Fagundes, A Ordem Jurídica: paz, segurança e bem-estar para todos, in: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, Jg. II, Bd. II, N. 2 (Rio de Janeiro, Januar – April 1970), S. 34-48, 44.

22 Vgl. B. Pedrosa, Estado de Direito e Segurança Nacional, in: Anais da VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Curitiba-PR, 07-12 Mai 1978, S. 185-201.

23 Vgl. Pontes de Miranda, Habeas Corpus, in: Anais da VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Curitiba-PR, 07-12 Mai 1978, S. 279-289, 288f.

24 Die Rechtssoziologie trat zuerst im Jahr 1963 außerhalb der Rechtsfakultät an der Universidade Federal de Pernambuco in Recife auf und wurde im Jahr 1964 als Fach an der Rechtsfakultät der Katholischen Universität Pernambuco (Recife) eingeführt, woraufhin eine fortschreitende Verbreitung folgte (C. Souto/S. Souto, Sociologia do Direito: Uma visão substantiva, 2. Aufl., Porto Alegre 1997, S. 8).

25 Vgl. Anm. 7.

silianischen Rechtsfakultäten keineswegs auf einen Gegensatz zwischen der primär an Rechtsprechung orientierten angelsächsischen bzw. nord-amerikanischen Kasuistik und der primär von gesetztem Recht ausgehenden westeuropäischen Rechtsdogmatik beschränkt. So wie man bei allen Schwierigkeiten positive Erfahrungen mit der rechtsdogmatisch ausgerichteten juristischen Ausbildung in den westeuropäischen Ländern feststellen kann, lassen sich auch gravierende Probleme der Inadäquatheit des auf Kasuistik beruhenden Rechtsstudiums in den peripheren Ländern, die als ehemalige britischen Kolonien das Rechtssystem des Mutterlands aufgenommen haben, herausstellen.

Aber die in rechtssoziologischen Forschungen verankerte neue Kritik der Rechtswissenschaft im Brasilien des Autoritarismus geht über die Einwände gegen die juristische Ausbildung hinaus und wird durch die Analyse von Rechtsfällen, die keine adäquate Antwort in den herrschenden rechtswissenschaftlichen Konstrukten finden, besonders bedeutsam.²⁶ Ein wichtiges Beispiel dafür bildet die empirische Untersuchung über die Konflikte um das Eigentumsrecht wegen der kollektiven Besetzungen von fremden (privaten oder öffentlichen) Grundstücken durch die „Exkludierten“ auf der Suche nach Wohnorten,²⁷ ein Problem, das im Zuge der schnellen Verstädterung in der Periode des Militärregimes stark in den Vordergrund trat. Zu seiner Lösung hilft eine streng rechtsdogmatische Argumentation in dem Sinne, daß diese Besetzungen (*invasões*) in Brasilien als Besitzentziehung und mithin als zivilrechtliches und strafrechtliches Delikt definiert werden, nach wie vor nicht.²⁸ Demnach könnte man vermuten, daß die Eigentümer einfach ihr Klagerecht ausüben müßten, um die Wiedereinsetzung in ihre Besitzrechte²⁹ zu erzielen, sowie daß die „Täter“ regelmäßig bestraft würden. Die Erfahrungen haben hingegen gezeigt, daß die gesamtgesellschaftlichen strukturellen Implikationen eine gesellschaftsadäquate und zugleich rechtlich konsistente Lösung behindern. Selbst wenn der Richter in einer juristisch autistischen Einstellung die zugrunde liegenden, gravierenden sozialen Problem manifest außer acht läßt und angeblich streng rechtsdogmatisch nach dem positivrechtli-

26 Hier ist nicht der Ort, auf die von Cláudio Souto vorgenommene, eigentümliche Kritik des rechtsdogmatischen Denkens, die den Anspruch erhebt, das Recht nach allgemeinen sozialwissenschaftlichen Gesetzen zu begründen, einzugehen. Vgl. C. Souto, *Teoria Sociológica do Direito e Prática Forense*, Porto Alegre 1978; ders., *Allgemeinste wissenschaftliche Grundlagen des Sozialen*, Wiesbaden 1984; ders./S. Souto, *Sociologia do Direito* (Anm. 24).

27 J. de Arruda Falcão Neto (Hrsg.), *Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas*, Rio de Janeiro 1984.

28 Vgl. Código Civil brasileiro [brasilianisches Zivilgesetzbuch], Art. 159 u. Art. 499ff.; Código Penal brasileiro [brasilianisches Strafgesetzbuch], Art. 161 II.

29 Código Civil brasileiro [brasilianisches Zivilgesetzbuch], Art. 523; Código de Processo Civil brasileiro [Brasiliens Zivilprozeßordnung], Art. 920-933.

chen „Konditionalprogramm“³⁰ entscheidet,³¹ verbleibt weiterhin das Problem auf der Ebene des Vollzugs der gerichtlichen Entscheidung. Das liegt daran, daß die Tendenz zur Generalisierung nicht durch das Gerichtsverfahren, sondern im Gegenteil durch die Behinderung desselben gestoppt wird.³² Die Fehldeutung bei dieser Art rechtssoziologischer Analyse besteht darin, daß das Problem ohne weitere Differenzierung der strengen Geschlossenheit des Rechtssystems gegenüber der gesellschaftlichen Umwelt zugeschrieben wird.³³ Hingegen ist das Rechtsproblem in Brasilien eher auf den Mangel an normativer Geschlossenheit zurückzuführen als auf das Fehlen an kognitiver Offenheit. Die destruktive Einwirkung von partikularistischen Interessenkonstellationen von „oben“ und der Druck durch die elementaren Bedürfnisse der Verelendeten von „unten“ erlauben keine konsistente Reproduktion des Rechtssystems. In den obengenannten Konflikten um das Eigentumsrecht drückt sich eher die verbreitete Tatsache aus, daß das Rechtssystem nicht über Neutralisierungs- und Immunsierungsfähigkeiten gegen dessen unmittelbare, destruktive Überlagerung durch ökonomische und politische Variablen verfügt³⁴. Jedoch wurde das Problem anhand der überlieferten Unterscheidung zwischen „sozialer Gerechtigkeit“ und „legaler Gerechtigkeit“ betrachtet, wobei man den Mangel an jener der Vorherrschaft dieser zuschrieb.³⁵ Dieser Auffassung liegt ein gesetzsespositivistisches Legalitätskonzept zugrunde, nach dem die Legalität vom Gesetzestext aus konzipiert wird, dessen nicht-gesellschaftlicher

30 Zum Konditionalprogramm (im Unterschied zum Zweckprogramm) als kennzeichnend für das Rechtssystem vgl. N. Luhmann, „Das Recht der Gesellschaft“, Frankfurt a. M. 1993, S. 195ff.; Rechtssoziologie (Anm. 9), S. 227-34; ders., „Ausdifferenzierung des Rechts“ (Anm. 10), S. 140-43 u. 275ff.; ders., „Zweckbegriff und Systemrationalität: Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen“, Frankfurt a. M. 1973, S. 88ff. (insbes. 99).

31 Hierzu sind zwei Behauptungen eines Richters bei Vertreibung von Bewohnern wegen ungesetzlicher Besetzung städtischer Grundstücke in Nordostbrasilien sehr vielsagend: „Der Justiz steht nicht zu, die sozialen Probleme zu lösen, sondern das Primat des Gesetzes zu gewährleisten.“ „Mir steht nicht zu den Grund des Eindringens zu untersuchen oder, ob das Volk verhungert oder nicht“ (zit. nach Á. Pessoa, *O Uso do Solo em Conflito – A Visão Institucional*, in: Falcão Neto (Hrsg.), *Conflito de direito de propriedade* (Anm. 27), S. 185-216, 185).

32 In diesem Sinne vgl. unter Hinweis auf Luhmann F. Neto, *Justiça Social e Justiça Legal: Conflitos de Propriedade no Recife*, in: ders. (Hrsg.), *Conflito de direito de propriedade* (Anm. 27), S. 79-101.

33 Vgl. unter Berufung auf die in der funktionalistischen Systemtheorie der sechziger Jahre in den USA herrschende Konzeption der Input/Output-Beziehungen A. Wander Bastos, *O Perfil Sociológico do Poder Judiciário*, *Cadernos Liberais* 41, [São Paulo] 1987, S. 22ff., insbes. 31.

34 Vgl. ganz im Gegenteil dazu in der Analyse desselben Falls T. Sampaio Ferraz Jr., *O Oficial e o Inoficial: Ensaio sobre a diversidade de Universos Jurídicos Temporal e Especialmente [sic: Espacialmente] Concomitantes*, in: F. Neto (Hrsg.), *Conflito de direito de propriedade* (Anm. 27), S. 103-124, 118.

35 So z.B. F. Neto, *Justiça Social e Justiça Legal* (Anm. 32).

Charakter suggeriert wird. Aber Legalität kann erst vorhanden sein, wenn sich eine verallgemeinerte Konkretisierung der Rechtsnormen vollzieht.³⁶ Im Fall der rechtssoziologisch untersuchten Fälle fehlt es gerade an einer auf dem Legalitätsprinzip beruhenden, operativ autonomen Reproduktion des Rechts. Vor allem darin liegen die Schwierigkeiten bzw. die Unfähigkeit, eine Selbstreflexion des Rechts durch rechtswissenschaftliches Wissen vorzunehmen, die angemessene Antworten auf die entsprechenden rechtspraktischen Probleme und auf die Erfordernisse des Gesellschaftskontexts geben könnte. Und diese Frage läßt sich keineswegs auf die autoritäre Periode beschränken, denn dieselben Situationen dauern fast unangestastet nach der Demokratisierung fort.

Die positivistisch orientierte Rechtswissenschaft wird in der Zeit des Autoritarismus auch durch die wert- bzw. moralbezogenen Ansätze des Rechts in Frage gestellt. Dabei spielen die naturrechtlichen Konzeptionen sowohl aristotelisch-thomistischer Herkunft als auch Kantischer Prägung nach wie vor eine gewisse Rolle. Aber das wichtigste wertbezogene Gedankengut, das sich während des autoritären Regimes besonders im Bereich der Rechtsphilosophie entwickelte, zeigte sich in den kulturgeschichtlich ausgerichteten Strömungen. In dieser Richtung ist die sogenannte „Tridimensionale Rechtstheorie“ hervorgetreten, nach der das Recht als eine konkrete und dynamische „Synthese“ von Fakt, Norm und Wert definiert wird.³⁷ Dabei findet die Spannung zwischen Fakt und Wert im (positivrechtlichen) normativen Moment „ihre überwindende und integrierende Lösung“,³⁸ es geht also nicht um eine prozedural-demokratische, verfahrensrationale Vermittlung der Spannung zwischen Faktizität und Geltung im Sinne der Diskurstheorie des Rechts und des Rechtsstaates.³⁹ Außerdem finden sich im Rahmen des kulturgeschichtlich orientierten Gedankenguts Rückgriffe auf ein „echtes Brasilientum“, realistische Reaktionen auf die Aufklärung und damit auf den angeblichen „Verfassungsidealismus“ der brasilianischen politischen und juristischen Kultur; Positionen, die nicht selten in rechtfertigende Einstellungen zum autoritären

36 Zur Konkretisierung als Vorgang, in dem nicht nur die (individuelle) Entscheidungsnorm, sondern auch die (allgemeine) Rechtsnorm im einzelnen Fall erzeugt wird, vgl. F. Müller, *Juristische Methodik*, 6. Aufl., Berlin 1995, S. 166ff.; ders., *Strukturierende Rechtslehre*, 2. Aufl., Berlin 1994, insbes. S. 263; R. Christensen, *Der Richter als Mund des sprechenden Textes. Zur Kritik des gesetzpositivistischen Textmodells*, in: F. Müller (Hrsg.), *Untersuchungen zur Rechtslinguistik: Interdisziplinäre Studien zu praktischer Semantik und strukturierender Rechtslehre in Grundfragen der juristischen Methodik*, Berlin 1989, S. 47-91, 87ff.

37 M. Reale, *Teoria tridimensional do direito*, 2. Aufl., São Paulo, 1979. Vgl. auch ders., *O direito como experiência*, São Paulo 1968; ders., *Filosofia do direito*, 7. Aufl., 2. Bd., São Paulo 1975.

38 M. Reale, *Teoria tridimensional do direito* (Anm. 37), S. 57.

39 Hierzu J. Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a. M. 1992.

Regime und zu dessen Verstößen gegen die eigene Rechtsordnung übergehen.⁴⁰ Im Grunde genommen wird dabei also keine konsequente Analyse der strukturellen Grenzen der Rechtswissenschaft in Brasilien vorgenommen, geschweige denn eine konsistente Auseinandersetzung mit deren Schwierigkeiten, sich als ein rechtspraktisch und gesellschaftlich adäquates Wissen unter den Bedingungen autoritärer Unterordnung des Rechts unter die Politik zu bilden, geführt.

Neue Kritiken an den rechtswissenschaftlichen Konstrukten gehen in der autoritären Periode aus den semiotischen und vor allem pragmatischen Untersuchungen zur Rechtssprache hervor.⁴¹ Einerseits wird auf die Rolle der Rechtsdogmatik als Herrschaftstechnik⁴², andererseits auf die Unbestimmtheit des Rechts wegen der Mehrdeutigkeit und Vagheit seiner Sprache hingewiesen.⁴³ Insofern die herkömmliche Rechtswissenschaft die These der Eindeutigkeit der Rechtssprache übernimmt und damit die monologische Natur des Rechts vermutet, wird sie als ein ideologisches Wissen charakterisiert. Die semiotischen Untersuchungen gehen also häufig in ideologiekritische Ansätze zum Recht und zur Rechtswissenschaft über.⁴⁴ Das Rechtliche wird dabei auf das Politische und das Ideologische zurückgeführt, was aber durch das juristische Wissen verdeckt wird. Die Beziehung zwischen Rechtswissen und Autoritarismus wird dann hervorgehoben.⁴⁵ Der Autoritarismus unterdrückt demnach das dialogische Potential der Rechtssprache, und damit zusammenhängend bleibt die konnotative Dimension der Rechtssprache zugunsten einer Verabsolutierung der als eindeutig dargestellten denotativen Ebene in der herrschenden „Rechtswissenschaft“ unterbelichtet.⁴⁶ Im Mittelpunkt der ideologiekritischen Auseinandersetzungen mit dem Recht und der Rechtswissenschaft während der autoritären Zeit steht dann die Konzeption der Rechtsdogma-

40 Vgl. z.B. M. Reale, Momentos decisivos do constitucionalismo brasileiro, in: Revista de Informação Legislativa, Jg. 20, N. 77 (Brasília 1983), S. 57-68.

41 Vgl. vor allem T. Sampaio Ferraz Jr., Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa, Rio de Janeiro 1978; ders., Função social da dogmática jurídica (Anm. 12); ders., Direito, retórica e comunicação, São Paulo 1973; L. Alberto Warat, O direito e sua linguagem, unter Mitarbeit v. L. S. Rocha u. G. G. Cittadino, Porto Alegre 1984; ders., Mitos e teorias na interpretação da lei, Porto Alegre 1979; ders., A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica, Florianópolis 1983; ders., Semiótica y derecho, Buenos Aires 1972.

42 Vgl. nur Ferraz Jr., Função social da dogmática jurídica (Anm. 12).

43 Vgl. L. A. Warat, O direito e sua linguagem (Anm. 41), S. 76-79; ders., Mitos e teorias na interpretação da lei (Anm. 41), S. 96-100; ders., Semiótica y derecho (Anm. 41), insbes. S. 55ff., 169 u. 178f.

44 In unterschiedlichen Perspektiven siehe Ferraz Jr., Função social da dogmática jurídica (Anm. 12), S. 177ff.; Warat, Mitos e teorias na interpretação da lei (Anm. 41); ders., A pureza do poder (Anm. 41).

45 Vgl. L. Severo Rocha, Saber jurídico e autoritarismo, in: Contradogmáticas, Bd. 1, N. 2-3 (Santa Cruz do Sul 1983), S. 97-108.

46 Vgl. ebenda, S. 100.

tik als Ideologie und folglich als ein „unechtes“ Wissen, so daß man sich für „Antidogmatiken“ einsetzt.⁴⁷ Dieser Auffassung liegt aber die Gleichsetzung der Rechtsdogmatik mit dem gesetzespositivistischen Ansatz oder mit der Begriffsjurisprudenz zugrunde. Man vermutet dann eine entwickelte und leistungsfähige Rechtsdogmatik und kritisiert sie auf der Basis dieser Vermutung, gerade wenn ein rechtsdogmatisches Reflexionsdefizit im Rechtssystem besteht. Dabei wird verkannt, daß sich die Rechtsdogmatik als Reflexionsinstanz des Rechtssystems nicht vollständig entwickeln kann, falls dieses keine operative Autonomie gegenüber der Politik errungen hat. Bei der autoritären Unterordnung des Rechts unter die Politik verschärft sich diese Situation, so daß eine an Folgen orientierte, rechtsdogmatische Selbstreflexion des Rechts kaum einen Spielraum hat. Ein solcher Spielraum setzt Rechtsstaatlichkeit voraus und diese wird nicht nur durch Abschaffung des Autoritarismus verwirklicht, sondern hängt von der Realisierung eines in der Verfassung verankerten, öffentlichen Legalitätsraums ab.

Zwischen Rechtspositivismus bzw. Rechtsnormativismus einerseits und rechtssoziologischen, wertbezogenen und ideologiekritischen Ansätzen andererseits hat m. E. die Debatte um die Rechtswissenschaft und deren Beziehung zum Autoritarismus den Kern des Problems verfehlt. Sie ist nämlich nicht auf die Tatsache eingegangen, daß unter den Bedingungen der mangelhaften Autonomie des Rechtssystems, unter denen keine deutlichen Grenzen zwischen diesem und seiner sozialen Umwelt bestehen, eine rechtspraktisch und gesellschaftlich adäquate Rechtswissenschaft gar nicht vorhanden sein kann; und dieses Problem beschränkt sich nicht auf die autoritäre Erfahrung, es verbleibt und verstärkt sich in gewisser Hinsicht nach der „Demokratisierung“.

4. Legalismus versus Alternativismus: ein falsches Dilemma nach der Demokratisierung

Hier ist nicht der Ort, eine Analyse der rechtswissenschaftlichen Strömungen, die nach der Demokratisierung in Brasilien aufgetreten sind, vorzunehmen. Neben der Fortdauer eines rechtswissenschaftlich-naiven Gesetzespositivismus in der juristischen Ausbildung und den Kontroversen zwischen Rechtsnormativismus und rechtssoziologischen, wertbezogenen und ideologiekritischen Ansätzen um die Bedeutung und Funktion der Rechtswissenschaft entstanden – in Zusammenhang mit internationalen Trends der Rechtstheorie und Philosophie – neue Ansätze zum Recht wie die kriti-

47 Programmatisch dafür ist die von 1981 bis 1991 erschienene Zeitschrift *Contradogmáticas*. Vgl. auch R. Lyra Filho, *Para um Direito sem Dogmas*, Porto Alegre 1980; und die 1982/1983 (Brasília) erschienene Zeitschrift *Direito e Avesso: boletim da nova escola jurídica brasileira*.

sche Rechts hermeneutik⁴⁸ und diejenigen mit postmodernem Anspruch.⁴⁹ Aber die alternativistische Strömung hat in ihrer radikalen Kritik an dem in der juristischen Ausbildung und angeblich auch in der Rechtspraxis vorherrschenden Gesetzespositivismus eine breite Debatte um die Rolle des Rechts bzw. der Rechtswissenschaft mit bedeutsamen rechtspolitischen Auswirkungen ausgelöst.⁵⁰ Ich werde mich im folgenden darauf konzentrieren, um Fehldeutungen bei der Auseinandersetzung zwischen Legalismus und juristischem Alternatismus herauszustellen.

Die alternativistische Rechtsbewegung in Brasilien am Ende der achtziger Jahre und im Laufe der neunziger Jahre in Brasilien geht bei allen Besonderheiten auf die westeuropäische und nordamerikanische Debatte um alternatives Recht und Alternativen zum Recht zurück, die in Westeuropa und Nordamerika im Laufe der siebziger Jahre bis Anfang der achtziger Jahre ihre Bedeutung gehabt hat.⁵¹ Obwohl unter dem Stichwort ‚alternatives Recht‘ viele unterschiedliche Perspektiven in Brasilien aufgetreten sind, weist diese Strömung zwei Haupttendenzen auf: die Betonung des alternativen Rechtsmodells der „Marginalisierten“; und „der alternative Gebrauch des Rechts“.⁵²

48 Vgl. z.B. E. Grau, *La Doppia Destrutturazione del Diritto: Una teoria brasiliana sull'interpretazione*, ital. Übers. von E. Albesano, Milano 1996.

49 Vgl. z.B. L. Alberto Warat, *La ciudadanía sin ciudadanos: tópicos para un ensayo interminable*, in: *Revista Brasileira de Filosofia*, Bd. XLII, Heft 178 (São Paulo, April – Juni 1995), S. 142–168.

50 Vgl. dazu E. Lima de Arruda Jr. (Hrsg.), *Lições de Direito Alternativo* [I], São Paulo 1991; ders. (Hrsg.), *Lições de Direito Alternativo* 2, São Paulo 1992; *Revista de Direito Alternativo*, Nr. 1–3, hrsg. von Amílton Bueno de Carvalho, São Paulo 1992–1994; OAB/PE = *Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Pernambuco* (Hrsg.), *Direito Alternativo ou Formas Alternativas de Direito* (*Revista da OAB – Seccional de Pernambuco* Jg. 32, N. 24), Recife 1997; und als frühere Variante J. G. Sousa Junior (Hrsg.), *O Direito Achado na Rua*, Brasília 1987. Zu einem Versuch, allgemeine sozialwissenschaftliche Grundlagen für das „alternative Recht“ zu schaffen, vgl. C. Souto, *Tempo do Direito Alternativo: uma fundamentação substantiva*, Porto Alegre 1997. Zur Kritik der „stereotypen“ Tendenzen bei dem „alternativem Recht“ vgl. L. Oliveira, *Ilegalidade e direito alternativo: notas para evitar alguns equívocos*, *Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco* (1995) 1, S. 63–73.

51 Vgl. hierzulande E. Blankenburg/E. Klaus/H. Rottleuthner (Hrsg.), *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht* (*Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. 6), Opladen 1980. Spezifisch über die Alternativen zum gerichtlichen Verfahren siehe L. Nader (Hrsg.), *No Access to Law: Alternatives to the American Judicial System*, New York 1980; Cappelletti, Mauro / Bryan: Garth, *Access to Justice and the Welfare State: An Introduction*, in: M. Cappelletti (Hrsg.) unter Mitarbeit von J. Weisner und M. Seccombe, *Access to Justice and the Welfare State*, Alphen aan den Rijn u.a. 1980, S. 1–24, 14–20.

52 Es scheint mir nicht angebracht, die Praxis der Organisationen, die für die Verteidigung der Rechte der Unterschichten eintreten, in die alternativistische Bewegung einzuordnen, denn sie kämpfen im Grunde genommen gegen Illegalitäten der Staatsakteure (besonders der Polizei), nämlich gegen gesetzwidrige Verletzungen der Menschenrechte der sozial Benachteiligten, also für generalisierte Legalität. Andererseits lassen sich die

Bei der ersten Richtung, die direkt auf die Untersuchungen von Boaventura de Sousa Santos über außerstaatliche Mechanismen der Konfliktlösung in favelas der Stadt Rio de Janeiro in den siebziger Jahren zurückgeht,⁵³ handelt es sich um eine Variante des Rechtspluralismus. Ihr zufolge wird vermutet, daß gegen eine strenge, inflexible und inadäquate Legalität des positiven, staatlichen Rechts andere Rechtsformen auftreten, die den normativen Erwartungen der „Marginalisierten“ entsprechen würden. Aber im Gegensatz zu den rechtspluralistischen Alternativen zur starren Legalität und gesellschaftlich inadäquaten Verrechtlichung in den Staaten der peripheren Moderne drückt sich am Beispiel der Slumsiedlungen in den Großstädten Brasiliens nach wie vor eher eine der diffusen und instabilen Formen der „Überlebensstrategien“⁵⁴ im Bereich des Rechts aus, die nicht zu romantisieren ist.⁵⁵ Die regelmäßige Konfliktaustragung durch die Bewohnervereinigungen der favelas stellt eine Reaktion auf die wirkliche Ungangbarkeit des positiven Rechtsweges für ihre Mitglieder dar. Außerdem weisen die empirischen Forschungen darauf hin, daß in den Favelabeziehungen die Zwangsmittel der Verbrecherbanden in einem positiven Zusammenhang mit den „rhetorischen Verfahren“ der Bewohnervereinigungen stehen und nach deren Aufforderungen eingesetzt werden; das Problem wird durch die ungesetzliche Tätigkeit der Polizei weiter verkompli-

neuen, durch Gesetze errichteten Institutionen, die einem breiteren Zugang der Bevölkerung zum Rechtsweg dienen sollen, wie die „small claims courts“, nicht als alternatives Recht klassifizieren, denn sie gehören gerade zur „offiziellen“, positiven Rechtsordnung des Staates. Vgl. anders E. Botelho Junqueira, *Alternativo Regado a Vinho e a Cachaça*, in: E. Lima de Arruda Jr. (Hrsg.), *Lições de Direito Alternativo 2* (Anm. 50), S. 95-114, 108f. u. 111-113. Außerdem handelt es sich in keinem der beiden Fälle um Auseinandersetzungen mit der Rechtswissenschaft.

53 Vgl. B. de Sousa Santos. *The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada*, in: *Law & Society Review* 12 (1977), S. 5-126; ders., *Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada*, in: C. Souto/J. Falcão (Hrsg.), *Sociologia e Direito: Leituras Básicas de Sociologia Jurídica*, São Paulo 1980, S. 109-117; ders., *O discurso e o poder; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, Porto Alegre 1988 (zuerst in: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1980).

54 Dazu vgl. in der Analyse einer ähnlichen Situation in Peru C. Rodríguez Rabanal, *Überleben im Slum: Psychosoziale Probleme peruanischer Elendsviertel*, Frankfurt a. M. 1990, insbes. S. 152ff.

55 Sousa Santos neigte m.E. insofern dazu, als er auf der Basis der obengenannten empirischen Untersuchungen (Anm. 53) folgendes hervorhebt: 1) im direkten Verhältnis zum niedrigen Grade der „Institutionalisierung“ (Ausdifferenzierung) der Rechtsfunktion und zur begrenzten Verfügung über Zwangsmittel habe das inoffizielle Recht der untersuchten Slumsiedlung (favela) einen breiteren rhetorischen Spielraum als das staatliche Recht (*O discurso e o poder*, S. 43-61); 2) bei ersterem handele es sich um ein „zugängliches“, „partizipatorisches“ und „konsensuelles“ Recht (*The Law of the Oppressed*, S. 96ff.); 3) es sei vergleichbar mit dem Recht der Sowjets und anderer revolutionärer Erfahrungen als Alternativen zum offiziellen bürgerlichen Recht (*O discurso e o poder*, S. 77), biete „großes Potential für den revolutionären Gebrauch“ des Rechts – „alternative legality“ für die ausgebeuteten Klassen (*The Law of the Oppressed*, S. 103).

ziert.⁵⁶ Es handelt sich dann um die Verschmelzung von diffus gebildeten und verwendeten Codes Recht/Unrecht mit dem Wirtschaftscode, dem Machtcode und anderen Kommunikationscodes (einschließlich anderer „gesellschaftlich diffuser“ Rechtscodes) in einem typischen Land der peripheren Moderne, die sich unter Ausprägung von generalisierten Tendenzen zum Bruch der Legalität vollzieht.⁵⁷ Daß dadurch viele soziale Einheiten einer hochkomplexen Gesellschaft über unterschiedliche (allerdings von anderen Kommunikationscodes nicht hinreichend ausdifferenzierte) Codes Recht/Unrecht verfügen,⁵⁸ führt keineswegs zu einer topischen, Unbestimmtheit absorbierenden und gleichzeitig fördernden Rechtsrationalität, wie es bei einem postmodernen Recht⁵⁹ der Fall wäre, sondern vielmehr zu einer extremen, destruktiven Rechtsunsicherheit, deren Aufrechterhaltung paradoxerweise mit der Beibehaltung von Privilegien zusammenhängt und selbstverständlich vor allem für die sozial „Behinderten“ schädlich ist. „Rechtspluralismus als Alternative zum Legalismus“, „topische Rechtsrationalität“ u.ä. werden unter diesen Umständen zu Mythen oder ideologischen Ausdrücken, die eher zu Mißverständnissen als zur Erklärung und Überwindung der Problematik führen. Derartige Situationen stellen keine pluralistische Alternative zum Legalismus dar,⁶⁰ wohl aber diffuse und instabile Reaktionen auf das Entfallen der Legalität. Das impliziert die Schwäche des Rechtscodes gegenüber dem Wirtschaftscode, dem Machtcode und anderen Kommunikationscodes, also den Mangel an operativer Autonomie des Rechts. Insofern wird die Konstruktion einer konsistenten und leistungsfähigen Rechtswissenschaft, die darauf eine Antwort mit rechtspraktischer Relevanz und sozialer Adäquatheit geben könnte, strukturell behindert. Als Reflexionsinstanz des Rechts hängt sie wechselseitig von einem öffentlichen Legalitätsraum, d.h. einem ausdifferenzierten

56 Vgl. z.B. E. Botelho Junqueira/J. A. de Souza Rodrigues, A volta do parafuso: cidadania e violência, in: B. dos Santos Júnior et al., Direitos Humanos: um debate necessário, São Paulo, S. 120-140, S. 134f. u. 137f.

57 Vgl. M. Neves, Del pluralismo jurídico a la miscelánea social: el problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina, in: El Otro Derecho 6 (1994) 1, S. 67-97; ders., Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne (Anm. 18), S. 102ff., 165f. u. 190ff.

58 Sousa Santos (Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada (Anm. 53), S. 116) sprach von „possessiver Privatisierung des Rechts“.

59 Dazu vgl. hierzulande K.-H. Ladeur, Postmoderne Rechtstheorie, Berlin 1992; ders. Perspektiven einer post-modernen Rechtstheorie: Zur Auseinandersetzung mit N. Luhmanns Konzept der „Einheit des Rechtssystems“, in: Rechtstheorie 16 (1985), S. 383-427. Sousa Santos definiert in seinen späteren Werken Pluralismus und „interlegality“ als Schlüsselbegriffe eines postmodernen Rechts (Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law, in: Journal of Law and Society 14 [1987], S. 279-302, 297f.). Vgl. im Anschluß daran G. Teubner, Recht als autopoietisches System, Frankfurt a. M. 1989, S. 131.

60 Vgl. anders Sousa Santos, O discurso e o poder (Anm. 53), S. 25; ders., The Law of the Oppressed (Anm. 53), 89ff.

rechtlichen Kommunikationsfeld ab. Fehlt dieses, dann kann das dazu führen, daß das Rechtswissen zwischen distanzierter rechtssoziologischer „Fremdbeobachtung“ von Tatsachen und inkonsistenter, autistischer, juristischer „Selbstbeobachtung“ von Normtexten pendelt.

Nach der Demokratisierung tritt unter dem Stichwort „alternatives Recht“ besonders der sogenannte „alternative Gebrauch des Rechts“ hervor.⁶¹ Dabei geht es um unterschiedliche Ansätze zu einer erneuernden Handhabung des Rechts, die von dem Anwendungskanon der herrschenden Gerichtsbarkeit abweicht und Rechtskonkretisierungen gegen die gesetzlichen Rechtsmodelle zu betreiben beansprucht.⁶² Der strengen legalistischen Rechtsfindung und Rechtswissenschaft sollten demnach Formen des Rechts, der Rechtspraxis und des Rechtswissens entgegentreten, die sich an der Anforderung der Gesellschaft zu orientieren hätten. Zwar gibt es unter bestimmten Gesichtspunkten dabei nichts Neues gegenüber Eugen Ehrlichs Auffassung des „lebenden Rechts“ bzw. gegenüber der Freiheitsbewegung. Aber die jüngste Konzeption des alternativen Rechts in Brasilien verteidigt eine an den Bedürfnisse der in der „Marginalität“ lebenden Bevölkerungsmehrheit ausgerichtete Rechtsfortsetzung. Von der Rechtspraxis und dem Rechtswissen sei unter den Bedingungen der breiten sozialen Exklusion in einem Land der peripheren Moderne zu fordern, eine präferentielle Option für die Exkludierten, also für die sozial Behinderten zu übernehmen.⁶³ Im Fall von Gesetzen gegen deren Bedürfnisse bzw. Interessen sollte das entsprechende gesetzliche Verhaltens- und Verfahrensmuster außer acht gelassen und ein alternatives, der Befriedigung dieser Bedürfnisse resp. Interessen dienendes Modell der Rechtskonkretisierung geschaffen werden. Bei allen nennenswerten und positiven Auswirkungen der „alternativen“ Rechtsansätze auf die Rechtspolitik unterliegen sie m.E. einigen wichtigen epistemologischen Vorbehalten. Zunächst läßt sich bemerken, daß den alternativen Haltungen sehr oft eine instrumentalistische Auffassung des Rechts zugrunde liegt. Es wird nicht als Kommunikationsfeld betrachtet, sondern als ein zu gebrauchendes, zu mißbrauchendes oder

61 Dieser Ausdruck wurde der spanischen Rechtskritik der siebziger Jahre entnommen (vgl. N. López Calera et al., *Sobre el Uso Alternativo del Derecho*, Valencia 1978). Gegen diesen Ausdruck, insofern er den Besonderheiten der alternativistischen Trends in Europa entspricht, und für die Verwendung des Ausdrucks „alternatives Recht“ im Fall Lateinamerika spricht sich Antonio Carlos Wolkmer aus, *Contribuição para o projeto da juridicidade alternativa*, in: E. Lima de Arruda Jr. (Hrsg.), *Lições de Direito Alternativo* [1] (Anm. 50), S. 28-52, 48.

62 Vgl. z.B. T. Fernando Genro, *Os juizes contra a lei*, in: E. Lima de Arruda Jr. (Hrsg.), *Lições de Direito Alternativo* [1] (Anm. 50), S. 17-27; A. Bueno de Carvalho, *Jurista orgânico: algumas contribuições*, in: *Ajuris* 42 (März 1988), S. 87-106.

63 Vgl. z.B. M. Miguel Pressburger, *Direito insurgente: O direito dos oprimidos*, in: E. Lima de Arruda Jr. (Hrsg.), *Lições de Direito Alternativo* 1 (Anm. 50), S. 9-16; A. Bueno de Carvalho, in: E. Lima de Arruda Jr. (Hrsg.), *Lições de Direito Alternativo* 2 (Anm. 50), S. 53-70, insbes. 53 u. 69f.

nicht zu gebrauchendes Objekt. Dazu kommt sehr oft eine Reduktion des Rechts auf ein bloßes politisch-ideologisches Mittel im Kampf um die Macht. Andererseits werden typisch rekonstruktive, innovative Rechtskonkretisierungen nach dem Gesetzes- und Verfassungsmuster häufig als Verstöße gegen das Gesetzesrecht angesehen, gerade wenn es um (freilich kleine) Schritte in Richtung auf die Konstruktion eines die Gesamtbevölkerung inkludierenden Legalitätsraums geht. Dieses Mißverständnis hängt mit einer gesetzespositivistischen Gleichsetzung von Normtext und Norm zusammen,⁶⁴ wobei es nur eine einzige Möglichkeit der dem Normtext zu-rechenbaren Normkonkretisierung gäbe, nämlich diejenige, die dem „offiziellen“, herrschenden Anwendungsmodell entspricht: eine abweichende Interpretation bzw. Konkretisierung des Gesetzes wäre schon eine Form des alternativen Rechts. Aber der schärfste Einwand gegen die Schwäche der epistemologischen Grundlage des „alternativen Rechts“ im Brasilien der neunziger Jahren bezieht sich darauf, daß die Existenz einer starken, streng an dem Legalitätsprinzip orientierten Rechtsordnung vermutet wird. Es wird so argumentiert, als ob die Probleme der „marginalisierten“ Massen auf den starren Legalismus des Staatsapparats zurückzuführen wären, gerade wenn unter dem rechtlichen Gesichtspunkt die Problematik der sozialen Exklusion eher mit dem Mangel an verallgemeinerter Konkretisierung und Verwirklichung der Verfassung und verfassungsmäßigen Gesetze verbunden ist. Den sozial „Behinderten“ fehlt dann Zugang zu den Leistungen des positiven Rechts, und sie werden vielmehr die Opfer der verbreiteten Illegalitäten der staatlichen bzw. privilegierten Akteure, die erwartungssicher damit rechnen können, wegen ihrer gesetzwidrigen Verletzung der Rechte jener nicht bestraft zu werden. Unter diesen Umständen ist die herrschende Kultur die Illegalitätskultur. Die Legalität ist also eine Alternative.

5. Schlußfolgerungen: Rechtswissenschaft im Kontext von Legalismus und Straflosigkeit

Damit die Rechtswissenschaft ihre Funktion, „die Bedingungen des juristisch Möglichen“ mit praktischer Relevanz zu definieren, erfüllen kann, ist eine Rechtspraxis erforderlich, die sich auf verallgemeinerte Weise an dem von dem Gleichheitssatz nicht zu trennenden, in der Verfassung verankerten Legalitätsprinzip orientiert. Grundsätzlich gesagt: eine rechtspraktische und gesellschaftsadäquate Rechtswissenschaft als Reflexionsinstanz des Rechts hängt von der operativen Autonomie eines funktionsfähi-

64 Dazu kritisch F. Müller, *Juristische Methodik* (Anm. 36), S. 153ff.; ders., *Strukturierende Rechtslehre* (Anm. 36), S. 147ff. u. 234ff.; B. Jeand'Heur, *Gemeinsame Probleme der Sprach- und Rechtswissenschaft aus der Sicht der Strukturierenden Rechtslehre*, in: F. Müller (Hrsg.), *Untersuchungen zur Rechtslinguistik* (Anm. 36), S. 17-26, 20ff.; R. Christensen, *Der Richter als Mund des sprechenden Textes* (Anm. 36), insbes. S. 78f.

gen Rechtssystems ab. Falls der Konkretisierungsprozeß der Verfassung und Gesetze durch politische, ökonomische oder andere gesellschaftliche Bedürfnis-, Erwartungs-, und Interessenkonstellationen regelmäßig blockiert wird, so verliert die rechtswissenschaftliche Selbstreflexion des Rechts an Bedeutung. Das Problem liegt also nicht einfach in der Rechtswissenschaft, es liegt ganz fundamental bereits in den Bedingungen der Reproduktion des Rechts selbst. Insofern dessen verfassungs- und gesetzmäßige, also konsistent verallgemeinerte Konkretisierung des Rechts behindert wird, kommt eine problematische Spannung zwischen Rechtswissenschaft, Rechtspraxis und sozialem Kontext auf, die zu destruktiven und generalisierten Folgen für das „Rechtsfeld“ und andere Kommunikationsfelder tendieren, wobei die Grenzen zwischen ihnen und mithin ihre jeweiligen Identitäten zerstört werden.

In Brasilien hängt dieses Problem m.E. mit der Vorherrschaft des paradoxen Ergänzungsverhältnisses von „Legalismus“ und Straflosigkeit zusammen. Das Verhältnis zwischen dem Rechtssystem und seinem sozialen Kontext in Brasilien ist einerseits durch einen sozial verantwortungslosen Gesetzesfetischismus gekennzeichnet. Der Legalismus bedeutet in diesem Falle keine operative Autonomie des Rechts als Bedingung seiner Offenheit für die in der Gesellschaft vorhandene Verschiedenartigkeit von Erwartungen und Interessen. Er impliziert eher einen „juristischen Autismus“. Auf diese Weise bildet sich keine Rechtsinterpretation/-anwendung, die sich, ohne die funktionale Autonomie des Rechtssystems zu negieren, an den sozialen Konsequenzen der Rechtsentscheidungen orientiert, das heißt, es entwickelt sich kein *responsive law*⁶⁵. Man darf diese „autistische“ Art von Legalismus nicht mit der strengen Durchsetzung des Legalitätsprinzips verwechseln. Letzteres erfordert die am gleichen Zugang aller Bürger zum Recht orientierten Verallgemeinerung des Gesetzes. Der Gesetzesfetischismus ist in Brasilien einseitig, er funktioniert als Mechanismus der sozialen Diskriminierung. Die legalistische Interpretation wird normalerweise angewandt auf diejenigen, die nicht in der Lage sind, ihre eigenen Rechte wahrzunehmen, selbst wenn diese gesetzlich und verfassungsmäßig „gewährleistet“ sind. Es handelt sich um fehlenden Zugang zum Recht, also um soziale „Exklusion“. Die entsprechenden Personen und sozialen Gruppen werden in der Regel nur dann durch den einseitigen Legalismus beachtet, wenn sie zu ihren Ungunsten, also als Schuldige, Angeklagte, Sträflinge usw. mit dem System in Kontakt kommen, aber nicht als Rechtsinhaber. Hier ist es sinnvoll, von Subintegration in das Rechtssystem zu sprechen: Die Einzelwesen sind den Zwangsvorschriften

65 Ph. Nonet/Ph. Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York 1978.

streng untergeordnet, haben aber keinen Zugang zu den Rechten.⁶⁶ Als parteiisch und diskriminierend widerspricht die gesetzestreue Strenge der eigenen Legalität, die eine an rechtlicher Gleichheit ausgerichtete Verallgemeinerung der Inhalte und Verfahren der Rechtsordnung implizieren würde. Aber anhand einer tiefgreifenden Analyse ließe sich nachweisen, daß der juristische „Autismus“ unter solchen Umständen nur ein scheinbarer ist, insoweit die von ihm mit einbezogene Praxis die sozialen Diskriminierungen aufnimmt und diese so auch verstärkt.

Andererseits ist das Verhältnis zwischen Recht und Gesellschaft in Brasilien durch Straflosigkeit gekennzeichnet. Häufig stellt sich heraus, daß den Rechtswidrigkeiten verschiedenster Art, vor allem im Bereich der Kriminalität, nicht die gesetzlichen Strafmaßnahmen folgen. Man könnte behaupten, daß die systematische Straflosigkeit im Gegensatz zum Gesetzesfetischismus steht. Dieser Gegensatz erweist sich aber in einer sorgfältigen Analyse als scheinbarer. Während die legalistische Strenge sich zuerst gegen die Subintegrierten wendet, kommt die Straflosigkeit in der Regel der Welt der Privilegien der rechtlich Überintegrierten zugute. Eine Person bzw. eine Gruppe kann als überintegriert in bezug auf das Recht definiert werden, sofern diese als Inhaber von Rechten und rechtlich erteilten Befugnissen auftritt, ohne sich zugleich den Verpflichtungs- und Verantwortlichkeitsvorschriften zu unterstellen. Es ist ganz klar, daß es den „durchweg Überintegrierten“ nicht gibt. Aber im brasilianischen Zusammenhang ist das Vorhandensein von Personen notorisch, die sich am privilegierten Pol der Beziehungen von Überintegration und Subintegration befinden. Deswegen können sie in ihrer Erwartungsorientierung und Handlungsweise mit einer hohen Wahrscheinlichkeit rechnen, im Fall einer Straftat nicht bestraft zu werden. Während die Opfer der unbestraften Verbrechen in der Regel die sozialen Schwächeren (die Subintegrierten) sind, sind die Rechtsbrecher bzw. die dafür Verantwortlichen privilegierte Personen und Gruppen oder diejenigen, die mit ihnen direkt oder indirekt durch Interessen oder als Diener verbunden sind. Daher ist die systematische Straflosigkeit in Lateinamerika ein Phänomen sozialer Diskriminierung.

Die Privilegien der Straflosigkeit implizieren den Bruch der Autonomie/Identität der Rechtssphäre durch politische, wirtschaftliche und andere soziale Blockierungen. Man bleibt strafflos, weil man mehr politische oder ökonomische Macht oder einfach „bessere Beziehungen“ zu den zuständigen Beamten bzw. Machthabern hat. In diesem Zusammenhang werden die

66 Zu den Beziehungen von Subintegration und Überintegration in die sozialen Systeme, besonders in das Recht, vgl. M. Neves, *Entre Subintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente*, in: *Dados – Revista de Ciências Sociais* 37 (1994) 2, S. 253-276; ders., *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne* (Anm. 18), S. 94ff. u. 155ff.

in den Verfassungs- und Gesetzestexten verallgemeinerten Kriterien der spezifisch rechtlichen Bewertung hintangesetzt, hauptsächlich zugunsten der Vorherrschaft der systemischen Macht- und Geldkriterien.

Die Verbindung von Legalismus und Strafflosigkeit verhindert die Strukturierung der Öffentlichkeit als eines an der rechtlichen Inklusion aller Bürger in das Recht orientierten Legalitätsraums und damit die Konstruktion einer Rechtswissenschaft, die auf verallgemeinerte Weise adäquate Antworten auf die Rechtspraxis und auf den sozialen Kontext geben könnte. Hier wird nicht verkannt, daß die rechtswissenschaftlichen Leistungen auch in Brasilien eine gewisse rechtspraktische bzw. gesellschaftliche Relevanz aufweisen. Aber ebenso, wie nur eine begrenzte Öffentlichkeit außerhalb der Beziehungen von Subintegration und Überintegration existiert, sind auch die rechtspraktisch relevanten und sozial adäquaten Leistungen der Rechtswissenschaft sehr begrenzt: in weitem Umfang entwickelt sich die Rechtspraxis im Widerspruch zu den rechtswissenschaftlichen Modellen bzw. an deren Rande. Ihnen fehlt also die Entsprechung in einer verfassungsmäßigen Legalitätsordnung. In Brasilien erfordert das eine verallgemeinerte Konkretisierung und Verwirklichung des demokratischen und rechtsstaatlichen, den Legalitäts- und Gleichheitssatz enthaltenden, vertexteten Verfassungsmusters und der auf ihm beruhenden Gesetze. Das hängt von Faktoren ab, die sehr weit über die Rechtswissenschaft und noch umfassender über das Recht selbst hinausgehen. Aber es ist auch nicht zu übersehen, daß die Bildung eines öffentlichen Legalitätsraums bzw. die Ausdifferenzierung des Rechtsbereiches und damit zusammenhängend die Annäherung von Theorie und Praxis im Recht von intensiven Anstrengungen im Rahmen der rechtswissenschaftlichen Reflexion abhängen. Es ist nicht zu erwarten, daß das Recht als Kommunikationsfeld nur auf Basis der Praxis ihre eigene Identität konstruieren kann. Und ohne Identität (Selbstreferenz) ist es nicht möglich, gesellschaftlich adäquate Fremdreferenz des Rechtssystems aufzubauen, einschließlich einer auf den sozialen Wandel gerichteten Fremdreferenz. In diesem Sinne ist – weit über einen für die sozialen Folge der juristischen Entscheidungen und Modelle insensiblen Legalismus hinaus und im Hinblick auf die Konstruktion eines öffentlichen Legalitätsraums – in Brasilien nach wie vor eine enorme theoretische Anstrengung der rechtswissenschaftlichen Reflexion erforderlich, wobei den interdisziplinären Forschungen über das Recht eine zentrale Rolle zukommt.